SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CLAUS GULMANN
vom 18. November 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Kommission hat Klage auf Feststellung erhoben, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [1] verstoßen hat. Die Vertragsverletzung bestehe darin, daß Italien „hingenommen" habe, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno einen Auftrag im Hinblick auf die Vervollständigung eines Abschnitts einer Schnellstraße freihändig vergebe und keine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentliche, „statt einzugreifen, um von vornherein zu verhindern, daß die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufenden rechtlichen Wirkungen dieser Vorgehensweise eintreten".

2. Bei dem betreffenden Abschnitt handelte es sich um einen Teil der Schnellstraße „Ascoli—Mare", die die Stadt Ascoli Piceno, die im Hinterland etwa 25 km von der Adria entfernt gelegene Hauptstadt der Provinz gleichen Namens, mit der Autobahn A 14 und der an der Küste entlangführenden Nationalstraße Nr. 16 und mit der Küstenstadt San Benedetto del Tronto verbinden sollte.

Die ersten beiden Abschnitte der Schnellstraße, die Lose I–III, sowie der erste Teil des Loses IV waren Gegenstand einer beschränkten Ausschreibung und wurden Anfang der 70er Jahre beendet. Die Arbeiten des Loses IV wurden an das Unternehmen Rozzi Costantino vergeben. Das Los IV, das u. a. die Verbindungen mit der Autobahn A 14 und der Nationalstraße Nr. 16 betraf, wurde in den folgenden Jahren über „zusätzliche Studien" erweitert, die u. a. zu einer Verlängerung der ursprünglichen Straßentrasse führten.

3. Das vorliegende Verfahren betrifft die elfte und die zwölfte zusätzliche Studie, die in ihrer Endphase als ein einziges Vorhaben angesehen wurden. Dieses Vorhaben sah eine Verlängerung der Schnellstraßentrasse vor. Das Ziel bestand darin, die durch die Nationalstraße Nr. 16 und die Eisenbahnlinie Bologna—Lecce geschaffenen natürlichen Hindernisse zu überwinden, und dadurch eine bequeme Verbindung zwischen dem Hafen von San Benedetto einerseits und den großen Verkehrsadern und dem Industriegebiet von Ascoli Piceno andererseits zu schaffen. Die Arbeit schloß u. a. den Bau eines Viadukts über der Eisenbahnlinie Bologna—Lecce ein. Der in Frage stehende Abschnitt war einige Kilometer lang und sollte den Autobahnabschnitt, der Gegenstand der zehnten zusätzlichen Studie gewesen war, mit einer Straße verbinden, die die Gemeinde Ascoli Piceno zur gleichen Zeit in Richtung San Benedetto baute.

* Originalsprache: Dänisch.

1 — Richtlinie vom 26. Juli 1971, ABl. L 185, S. 5.

4. Es ist in dieser Rechtssache unstreitig, daß die Durchführung der ersten zehn zusätzlichen Studien zum Los IV an dasselbe Unternehmen vergeben worden war, das das ursprüngliche Los IV ausgeführt hatte, also das Unternehmen Rozzi Costantino.

Die elfte und die zwölfte Studie waren von der Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno genehmigt worden, die später die Verantwortung für das Vorhaben der Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno übertrug. Ohne eine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* zu veröffentlichen, vergab diese die Ausführung des Auftrags mit einem Gesamtwert von etwa 36 Milliarden LIT freihändig an das Unternehmen Rozzi Costantino.

Die italienische Regierung hat übrigens mitgeteilt, daß die Bauarbeiten zur Verlängerung des in der vorliegenden Rechtssache in Frage stehenden Abschnitts in Richtung San Benedetto, deren Bauherr, wie gesagt, nicht die Provinzialverwaltung sondern die Gemeinde Ascoli Piceno war, ebenfalls dem Unternehmen Rozzi Costantino übertragen worden seien.

5. Die Kommission, die von den Umständen des Baus der Schnellstraße Ascoli—Mare Kenntnis erhalten hatte, beschloß, gegen Italien ein Verfahren nach Artikel 169 zu eröffnen, das sie auf die elfte und die zwölfte zusätzliche Studie beschränkte. Sie forderte die italienische Regierung mit Schreiben vom 17. Januar 1991 zur Äußerung auf.

6. Es ist unstreitig, daß das in Frage stehende Vorhaben unter die Richtlinie 71/305 fällt.

Außerdem besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, daß das bei der Auftragsvergabe angewandte Verfahren objektiv einen Verstoß gegen die Richtlinie darstellt, falls nicht die Voraussetzungen der besonderen Ausnahmevorschrift des Artikels 9 Buchstabe b der Richtlinie erfüllt sein sollten, daß „die Arbeiten aus technischen ... Gründen ... nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können".

7. Es wäre recht einfach gewesen, zu der vorliegenden Sache Stellung zu nehmen, wenn die einzige Streitfrage darin bestünde, ob die Voraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe b erfüllt waren.

Die italienische Regierung macht jedoch geltend, die Kommission habe ihren Antrag so formuliert, daß die Italienische Republik nicht wegen des der Richtlinie zuwiderlaufenden Verhaltens der Provinzialverwaltung verurteilt werden solle, sondern deshalb, weil sie nicht eingeschritten sei, um dieses Verhalten zu verhindern, also weil sie ihrer Aufsichtspflicht nicht genügt habe.

Die Regierung bestreitet, ihre Aufsichtspflicht gegenüber der Provinzialverwaltung verletzt zu haben, und sie stützt ihren Antrag auf Klageabweisung im wesentlichen hierauf. Nur hilfsweise macht sie geltend, die Voraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe b seien erfüllt gewesen.

8. Zunächst ist zu bemerken, daß die Formulierung des Antrags der Kommission im vorliegenden Fall gewisse Verfahrensprobleme aufgeworfen hat.

Die italienische Regierung hat sich in ihrer Klagebeantwortung darauf konzentriert, aufzuzeigen, daß sie ihre Aufsichtspflicht nicht verletzt habe. Sie hat zwar erwähnt, daß die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus der Richtlinie mit Artikel 9 Buchstabe b gerechtfertigt werden könne; die von ihr zu dieser Bestimmung gemachten Ausführungen zeigen jedoch, daß sie vor allem glaubte, die Bestimmung zum Nachweis dafür anführen zu können, daß ein Verstoß gegen die Richtlinie im vorliegenden Fall keinesfalls offenkundig gewesen sei. Die Regierung ist nicht im einzelnen auf die Frage eingegangen, ob die Voraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe b erfüllt waren.

Die Kommission hat sich in ihrer Erwiderung darauf konzentriert, aufzuzeigen, daß erstens nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes für ein Verhalten der nationalen, regionalen oder lokalen Behörden, das im Widerspruch zu einer Richtlinie stehe, die Mitgliedstaaten objektiv verantwortlich seien und daß zweitens die Italienische Republik das gegen die Richtlinie verstoßende Verhalten der Provinzialverwaltung nicht nur hingenommen habe, sondern außerdem nicht nachträglich eingeschritten sei, um die rechtswidrigen Rechtsfolgen dieses Verhaltens zu beseitigen.

Die italienische Regierung hat erst in ihrer Gegenerwiderung inhaltliche Ausführungen zu der Frage gemacht, ob die Voraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe b erfüllt waren; sie hat in diesem Zusammenhang u. a. Baupläne vorgelegt.

9. Die Kommission hat den Gerichtshof gebeten, in einem weiteren Schriftsatz zu den vorgelegten Bauplänen Stellung nehmen zu dürfen. Dies wurde ihr erlaubt, und sie hat schriftliche Erklärungen eingereicht, denen das Gutachten eines Sachverständigen beigefügt ist, in dem bestritten wird, daß die Voraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe b erfüllt gewesen seien.

Die Kommission hat in ihren Erklärungen außerdem geltend gemacht, daß die von der Beklagten eingereichten Baupläne als neue Verteidigungsmittel anzusehen seien, die nach Artikel 42 der Verfahrensordnung nicht mehr vorgebracht werden könnten.

10. Der Gerichtshof kann meines Erachtens nicht aufgrund von Artikel 42 der Verfahrensordnung davon absehen, die Argumente und Angaben zur Anwendung des Artikels 9 Buchstabe b in der Gegenerwiderung der Regierung zu berücksichtigen.

Die Regierung hat Artikel 9 Buchstabe b sowohl in ihrer Beantwortung des Schreibens der Kommission im Laufe des Verwaltungsverfahrens als auch in ihrer Klagebeantwortung angeführt.

Es ist sicher grundsätzlich bedenklich, daß eine inhaltliche Argumentation zur Frage der Anwendbarkeit des Artikels 9 Buchstabe b erst in der Gegenerwiderung erfolgt, dies ist jedoch zumindest teilweise in dem Antrag der Kommission begründet. Hinzu kommt, daß die Kommission in vollem Umfang Gelegenheit hatte, zu den neuen Argumenten und Angaben in der Gegenerwiderung Stellung zu nehmen, so daß ihre Verfahrensrechte tatsächlich nicht beeinträchtigt wurden.

11. Im folgenden ist zunächst zu untersuchen, ob die Provinzialverwaltung es im Hinblick auf Artikel 9 Buchstabe b unterlassen durfte, den Auftrag auszuschreiben und eine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* zu veröffentlichen.

Die grundlegende Voraussetzung für eine Verurteilung der Italienischen Republik ist es, daß die Provinzialverwaltung unter Verstoß gegen die Richtlinie gehandelt hat.

12. Es stellt sich die Frage, ob der Bau des in Frage stehenden Abschnitts und insbesondere des Viadukts über die Eisenbahnlinie „Arbeiten" darstellten, die „aus technischen ... Gründen ... nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können", d. h. im vorliegenden Fall dem Unternehmer, dem der Bau des Autobahnabschnitts übertragen worden war, dessen Verlängerung das hier streitige Vorhaben ist (der Abschnitt, der Gegenstand der zehnten zusätzlichen Studie war).

13. Die italienische Regierung hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, aus den vorgelegten Plänen ergebe sich, daß solche „technischen Gründe" im vorliegenden Fall vorgelegen hätten, da es unmöglich gewesen sei,

— die Arbeiten, die Gegenstand der zehnten zusätzlichen Studie gewesen seien, vor der Ausführung bestimmter von dem streitigen Vorhaben umfaßter Strukturen abzuschließen,

— angesichts der beschränkten örtlichen Verhältnisse am Bauplatz zwei verschiedene Baustellen einzurichten, und

— die in Gang befindlichen Arbeiten und die streitigen Arbeiten voneinander getrennt auszuführen, da die Strukturen der Fundamente eng miteinander verbunden gewesen seien.

14. Die Kommission führt aus, diese Umstände stellten für sich allein gesehen keine technischen Gründe dar, die dazu führten, daß die Arbeiten nur dem Unternehmer übertragen werden könnten, der den Abschnitt ausgeführt habe, der Gegenstand der zehnten zusätzlichen Studie gewesen sei.

15. Aus dem von der Kommission eingeholten Gutachten eines Sachverständigen — eines französischen Ingenieurs — ergibt sich, daß es aufgrund der von der italienischen Regierung dargestellten Erwägungen sicherlich erforderlich war, die streitigen Arbeiten zeitlich und örtlich mit den in Gang befindlichen Arbeiten zu koordinieren, daß eine Koordinierung jedoch auch dann durchgeführt werden mußte, wenn alle diese Arbeiten ein und demselben Unternehmen übertragen wurden, so daß keine „technischen Gründe" vorlägen, mit denen in diesem Fall die Entscheidung des italienischen öffentlichen Bauträgers gerechtfertigt werden könne.

16. Meines Erachtens hat die italienische Regierung der Beweislast, die ihr nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [2] dafür obliegt, daß die Ausnahmebestimmung anwendbar ist, nicht genügt.

Die Regierung hat auf einer recht abstrakten Ebene argumentiert. Sie hat nicht überzeugend — auch nicht durch die Vorlage der

2 — Urteil des Gerichtshofes vom 10. März 1987 in der Rechtssache 199/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 1039).

Baupläne — aufgezeigt, daß — wie geltend gemacht — besondere Schwierigkeiten bestanden hätten, den Bau des streitigen Straßenabschnitts einem anderen Unternehmer zu übertragen, als dem, der die Arbeiten des Abschnitts durchführte, der Gegenstand der zehnten zusätzlichen Studie war. Im Hinblick auf die Ausführungen in dem von der Kommission vorgelegten Sachverständigengutachten fällt es auch schwer, anzunehmen, daß solche besonderen Schwierigkeiten vorlagen.

Es sollte meines Erachtens auch nicht völlig übersehen werden, daß die italienische Regierung selbst in ihrer Klagebeantwortung einen gewissen Zweifel daran zum Ausdruck gebracht hat, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 9 Buchstabe b erfüllt waren.

17. Ich bin demgemäß der Auffassung, daß davon auszugehen ist, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno, wie von der Kommission geltend gemacht, unter Verstoß gegen die Richtlinie 71/305 handelte.

18. Es fragt sich jedoch, ob die Italienische Republik aufgrund dieses Verhaltens verurteilt werden kann, da ihr im Klageantrag vorgeworfen wird, gegen die Richtlinie verstoßen zu haben, „indem sie hingenommen hat", daß die Provinzialverwaltung im Widerspruch zu der Richtlinie gehandelt habe, „statt einzugreifen, um von vornherein zu verhindern, daß die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufenden rechtlichen Wirkungen dieser Vorgehensweise eintreten".

19. Es ist mir nicht ganz klar, warum die Kommission ihren Antrag so formuliert hat. Die Formulierung ist im Hinblick auf die Tatsache überraschend, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Mitgliedstaat für einen Verstoß gegen eine Richtlinie objektiv verantwortlich ist, unabhängig davon, welches staatliche, regionale oder lokale Organ den Verstoß gegen die Richtlinie verursacht hat [3].

20. Der Gerichtshof kann natürlich erwägen, ob es angemessen ist, festzustellen, daß für die einzelnen Mitgliedstaaten als solche eine allgemeine Verpflichtung besteht, in allen Fällen dafür zu sorgen, daß die staatlichen, regionalen und lokalen Behörden die Richtlinie bei der Vergabe ihrer öffentlichen Bauaufträge anwenden und daß in allen Fällen, in denen objektiv eine Verletzung der Aufsichtspflicht festgestellt werden kann, eine Vertragsverletzung festzustellen ist, weil unter Verstoß gegen die Richtlinie vorgegangen wurde.

Dies würde jedoch einer Rechtssituation entsprechen, in der die Kommission ihren Antrag darauf beschränkt, festzustellen, daß der Mitgliedstaat deshalb gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, weil eines seiner Organe unter Verstoß gegen die Richtlinie gehandelt hat.

Es wäre demgemäß unerheblich, ob die Kommission ihren Antrag auf die eine oder die andere Weise formuliert hat.

3 — Vgl. u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 5. Mai 1970 in der Rechtssache 77/69 (Kommission/Belgien, Slg. 1970, 237) sowie das in der vorangehenden Anmerkung genannte Urteil, in dem festgestellt wurde, daß die Italienische Republik für den Verstoß einer Gebietskörperschaft gegen die Richtlinie 71/305 verantwortlich war.

21. Abgesehen davon, daß ein Antrag natürlich seinem Wortlaut gemäß zu verstehen ist, zeigen die im vorliegenden Fall entstandenen Verfahrensprobleme, daß es wichtig ist, daß der Gerichtshof an die Genauigkeit von Kommissionsanträgen gewisse Anforderungen stellt.

22. Aus diesen Gründen und im Hinblick auf die schriftlichen Erklärungen und die mündliche Verhandlung muß der Antrag dahin verstanden werden, daß die Italienische Republik nicht deshalb gegebenenfalls zu verurteilen wäre, weil die Provinzialverwaltung unter Verstoß gegen die Richtlinie gehandelt hat, sondern weil dieser Verstoß von der Italienischen Republik hingenommen wurde und weil diese nicht gegen den Verstoß eingeschritten ist.

Im vorliegenden Fall wurde nicht erörtert, welche Behörden das Vorgehen der Provinzialverwaltung hingenommen und es unterlassen haben sollen, einzugreifen. Es besteht kein Grund zur weiteren Untersuchung dieser Frage. Der Antrag der Kommission setzt notwendig voraus, daß Behörden bestehen, die solche Aufsichtspflichten haben und die der Sache nach staatliche Behörden sein müssen.

23. Eine Verurteilung wegen Vertragsverletzung setzt also voraus, daß nachgewiesen worden ist, daß staatliche Behörden bestehen, die die Vorgehensweise der Provinzialverwaltung hingenommen haben und die es unterlassen haben, gegen sie einzuschreiten.

Die Kommission hat glaubhaft zu machen, daß dies der Fall ist.

Wie gesagt, bestreitet die italienische Regierung, daß die staatlichen Behörden das Vorgehen hingenommen und daß sie in der Praxis eine Möglichkeit gehabt hätten, hiergegen einzuschreiten. Sie verweist darauf, daß sie von diesem Vorgehen erst durch die Dienststellen der Kommission im Jahre 1991, also acht Monate nach der Auftragsvergabe an den betreffenden Unternehmer, Kenntnis erlangt habe und daß sie nach den italienischen Rechtsvorschriften nicht die Möglichkeit gehabt habe, wirksam einzugreifen.

24. Ich halte es demgemäß für angemessen, dem Gerichtshof die Abweisung der Klage vorzuschlagen.

Die Kommission hat nicht glaubhaft gemacht, daß die italienische Regierung oder andere staatliche Behörden ausdrücklich oder stillschweigend das Vorgehen der Provinzialverwaltung hingenommen haben, und die Kommission hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß die italienische Regierung oder andere staatliche Behörden tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätten, im nachhinein einzugreifen, um die Situation zu korrigieren.

Antrag

25. Ich schlage dem Gerichtshof demgemäß vor, die Klage abzuweisen und der Kommission die Verfahrenskosten aufzuerlegen.